



COMMISSION EUROPÉENNE

SERVICE JURIDIQUE

Bruxelles, le 20 septembre 2001
JURT(2001)12061 – HpK/JS/hve

**À MONSIEUR LE PRÉSIDENT ET AUX MEMBRES
DE LA COUR DE JUSTICE DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES**

OBSERVATIONS ECRITES

présentées, conformément à l'article 20 deuxième alinéa du protocole sur le statut de la Cour de justice des Communautés européennes,

par la COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES,

représentée par Jörn Sack, conseiller juridique de la Commission et Horstpeter Kreppel, juge du tribunal du travail détaché auprès du service juridique de la Commission dans le cadre de l'échange de fonctionnaires nationaux,

ayant élu domicile auprès de M. Luis Escobar Guerrero, également membre du service juridique de la Commission, Centre Wagner, Kirchberg, Luxembourg,

dans l'affaire C-224/01

Gerhard Köbler

– demandeur –

contre

la République d'Autriche

– défenderesse –

ayant pour objet une demande de décision préjudicielle, présentée en application de l'article 234 CE par ordonnance du Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien, relative à un litige concernant la responsabilité de l'État et l'interprétation de l'article 48 CE (devenu, après modification, l'article 39), ainsi que du règlement (CEE) n° 1612/68.

Dans la présente affaire, la Commission a l'honneur de présenter à la Cour les observations suivantes:

I. I. FAITS ET PROCÉDURE

1. Le litige concerne une demande de dommages et intérêts au titre de la responsabilité de l'État portant sur l'attribution, sollicitée par le demandeur, d'une indemnité spéciale d'ancienneté, demande qui a été rejetée en dernier instance par le Verwaltungsgerichtshof.
2. Le demandeur est lié depuis le 1^{er} mars 1986 à la défenderesse par un contrat de droit public, en qualité de professeur titulaire à l'université d'Innsbruck, où il enseigne l'histoire du droit allemand et du droit autrichien. Lors de sa nomination, le traitement de professeur d'université titulaire, dixième échelon, majoré de l'indemnité normale d'ancienneté lui a été attribué. Ainsi qu'il ressort de l'acte de procédure¹, auparavant le demandeur enseignait à l'université de Giessen depuis le 7 octobre 1975. Ainsi, à l'époque de l'adhésion de l'Autriche à l'Union (le 1^{er} janvier 1995), il exerçait depuis plus de quinze ans l'activité de professeur d'université dans la Communauté, dont neuf ans au sein d'universités autrichiennes.
3. Par lettre du 28 février 1996, le demandeur a sollicité l'attribution, rétroactivement au 1^{er} janvier 1995, de l'indemnité spéciale d'ancienneté pour les enseignants au titre de l'article 50 a du Gehaltsgesetz (GehG - loi salariale) de 1956². Cette disposition subordonne, entre autres, l'octroi de l'indemnité d'ancienneté (qui représente au dire de la défenderesse environ 8 à 9 % du traitement brut) à une ancienneté de quinze ans acquise dans les universités autrichiennes uniquement.
4. Le demandeur soutient que le fait de ne pas prendre en compte son activité à l'université de Giessen constitue une violation du droit communautaire. La disposition litigieuse procéderait d'une discrimination indirecte contraire à

¹ La juridiction de renvoi a motivé laconiquement l'ordonnance de renvoi, tout en se référant néanmoins aux actes de la procédure du litige au principal et de la procédure devant le Verwaltungsgerichtshof. Ainsi, dans un souci de clarté, l'on mentionnera ci-après des faits qui ne sont évoqués que dans les actes annexés.

² Ci-après «GehG».

l'article 48 du traité CE ainsi qu'au règlement n° 1612/68 sans aucune justification possible.

5. Par décision du 10 juin 1996, le Bundesminister für Wissenschaft, Forschung und Kunst a débouté le demandeur au motif que la condition de quinze ans d'ancienneté dans une université autrichienne n'était pas remplie.
6. Le demandeur a formé un recours contre cette décision auprès du Verwaltungsgerichtshof à Vienne.
7. Le Verwaltungsgerichtshof estimant que la décision sur le recours était subordonnée à l'éclaircissement de points relevant du droit communautaire, il a posé à la Cour de justice européenne la question préjudicielle suivante, par ordonnance du 22 octobre 1997:

«L'article 48 du traité CE et les articles 1er à 3 du règlement (CEE) n° 1612/68 - qui consacrent le droit des travailleurs à la libre circulation et à l'accès au marché du travail au sein de la Communauté – doivent-ils être interprétés en ce sens que, dans le cadre d'un système de rémunération qui prévoit que le traitement est également fonction, entre autres, de l'ancienneté, il y a lieu d'assimiler aux activités exercées antérieurement dans le pays considéré les activités équivalentes qui ont été exercées antérieurement dans un autre État membre?»

Le Verwaltungsgerichtshof a estimé que l'indemnité spéciale d'ancienneté des professeurs d'université titulaires «n'a ni le caractère d'une prime de fidélité ni celui d'une gratification », mais qu'elle fait partie du traitement dans le cadre du système d'avancement³.

8. Dans ses observations du 3 février 1998 relatives à la procédure C-382/97, la Commission avait répondu par l'affirmative à la question préjudicielle du Verwaltungsgerichtshof en ce sens qu'une disposition telle que l'article 50 a GehG litigieux en l'espèce entraînait une discrimination indirecte fondée sur la nationalité et, partant, était contraire au principe de la libre circulation consacré par l'article 48 CE et l'article 7 du règlement n° 1612/68; aucun motif ne pouvant du reste justifier pareille discrimination.

³ Ordonnance de renvoi du 22.10.1997, p. 8, ci-dessus.

9. Par lettre du 3 février 1998, l'État autrichien s'est prononcé sur la question préjudicielle en préconisant une réponse négative. Selon lui, d'une part la libre circulation n'était pas limitée et d'autre part l'indemnité spéciale d'ancienneté revêtait le caractère d'une prime de fidélité au titre de l'article 50 a de la GehG de 1956. De l'avis du Verwaltungsgerichtshof, la Cour confirmerait dans l'affaire C-15/96, *Schöning-Kougebetopoulou* (ci-après «affaire *Schöning*»)⁴, que les primes de fidélité suffisent à justifier une éventuelle restriction de la libre circulation. En outre, la situation en l'espèce se distinguerait de celle faisant l'objet de l'affaire *Schöning* dans la mesure où la disposition en cause dans cette affaire concernait une multitude d'employeurs alors qu'en Autriche, l'État fédéral est seul responsable des universités. Il n'y a pas d'universités privées et les Länder ne gèrent pas d'universités de sorte que l'article 50 a GehG ne s'appliquerait qu'à un seul et unique employeur.
10. Par lettre du 11 mars 1998, le président de la Cour de justice européenne a demandé au Verwaltungsgerichtshof s'il jugeait nécessaire de maintenir la procédure préjudicielle à la lumière de l'arrêt rendu par la Cour dans l'affaire *Schöning* le 15 janvier 1998.
11. Par ordonnance du 25 mars 1998, le Verwaltungsgerichtshof a invité les parties à se prononcer sur la demande de la Cour. Il s'exprimait en ces termes:
- «Le Verwaltungsgerichtshof soutient à titre provisoire que le point de droit faisant l'objet de la procédure préjudicielle a été résolu en faveur de la partie demanderesse à la lumière de l'arrêt précité.»*
12. Par lettre du 16 avril 1998, le Bundesminister für Wissenschaft und Verkehr, devenu compétent dans ce domaine, a indiqué que l'indemnité spéciale d'ancienneté visée à l'article 50 a GehG représentait une prime de fidélité octroyée aux enseignants à titre de compensation des désavantages financiers découlant de la renonciation à une carrière à l'étranger.
13. Le demandeur a contesté ce point de vue.
14. Par lettre du 24 juin 1998, le Verwaltungsgerichtshof a retiré sa demande de décision préjudicielle en indiquant que

⁴ Arrêt du 15.1.1998 dans l'affaire C-15/96, *Schöning-Kougebetopoulou*, Rec. 1998, p. I-47.

«... la question manifestement déterminante en l'espèce de la nature de l'indemnité spéciale d'ancienneté visée à l'article 50 a de la GehG de 1956, à savoir s'il s'agit ou non d'une prime de fidélité, doit être tranchée au regard du droit national.»

15. Par un arrêt rendu ce même jour, le Verwaltungsgerichtshof a rejeté le recours du demandeur comme dénué de fondement.
16. Il a motivé en substance cette décision par le fait que l'indemnité spéciale d'ancienneté visée à l'article 50 a GehG constituait une prime de fidélité au regard de l'économie du système de rémunération des professeurs et de l'objectif du législateur.
17. S'agissant de la thèse contraire formulée dans l'ordonnance de renvoi du 22 octobre 1997 concernant la qualification de l'indemnité spéciale d'ancienneté de l'article 50 a GehG, le Verwaltungsgerichtshof s'est expliqué en ces termes:

«Le Verwaltungsgerichtshof a admis dans son ordonnance du 22 octobre 1997 portant renvoi préjudiciel que "l'indemnité spéciale d'ancienneté des professeurs d'université titulaires" n'a ni le caractère d'une prime de fidélité ni celui d'une gratification, mais qu'elle fait partie du traitement dans le cadre du système d'avancement.

Cette thèse juridique, formulée de manière non contraignante à l'égard des parties, est abandonnée.»

18. Il ressortirait de l'arrêt *Schöning* que les primes de fidélité – comme celle concernée en l'espèce – peuvent justifier une limitation de la libre circulation.
19. En outre, la situation dans l'affaire *Schöning* se distinguerait de celle en l'espèce dans la mesure où, dans cette affaire, la disposition nationale prévoyait la prise en compte des activités antérieures auprès de plusieurs employeurs différents, ce qui ne cadrerait pas avec la nature d'une prime de fidélité. Par contre, l'État fédéral étant responsable des universités en Autriche, l'article 50 a GehG ne concernerait qu'un seul employeur.
20. Le 2 janvier 2001, le demandeur a formé un recours en responsabilité de l'État devant le Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien.
21. Selon le demandeur, l'arrêt du Verwaltungsgerichtshof enfreint le droit communautaire directement applicable. L'indemnité spéciale d'ancienneté ferait partie de la rémunération normale. De surcroît, l'article 50 a GehG ne concernerait

pas uniquement les universités, mais également les établissements d'enseignement supérieur, y compris les hautes écoles spécialisées. Par conséquent, la présomption du Verwaltungsgerichtshof selon laquelle la prime est octroyée par un employeur pour une activité durable dans son secteur serait erronée. En outre, les universités seraient des entités autonomes qui se font concurrence en matière de recrutement d'enseignants. Finalement, depuis l'adhésion de l'Autriche à l'Union européenne, c'est exclusivement à la Cour de justice européenne qu'il reviendrait de déterminer les critères que doit remplir une prime de fidélité pour justifier une dérogation au principe de la libre circulation des travailleurs consacré par le droit communautaire. À cet égard, il est fait grief au Verwaltungsgerichtshof de n'avoir pas satisfait à son obligation de renvoi en tant que juridiction suprême.

22. La défenderesse conteste le recours du demandeur. Selon elle, la décision du Verwaltungsgerichtshof n'enfreint pas le droit communautaire car l'indemnité spéciale d'ancienneté constitue une prime de fidélité. À cet égard, une éventuelle discrimination indirecte résultant de l'article 50 a GehG se justifierait objectivement.
23. Du reste, les conditions d'une obligation de réparation de l'État ne seraient pas réunies.
24. L'on ne saurait invoquer ni une infraction au droit ni une violation suffisamment caractérisée.
25. La responsabilité de l'État ne saurait en aucun cas être engagée en cas de non-respect de l'obligation de renvoi en vertu de l'article 177 CE car cette disposition ne confère aux particuliers aucun droit subjectif à une décision préjudicielle.
26. Par ses observations sur la prime de fidélité dans l'arrêt *Schöning*, la Cour laisserait entendre qu'elle ne considère pas non plus les primes de fidélité dans l'administration publique comme injustifiées, de sorte qu'une éventuelle violation du droit communautaire relèverait davantage de l'erreur de droit excusable que du préjudice intentionnel.
27. Par ailleurs, la responsabilité de l'État pour les décisions des juridictions suprêmes serait exclue.

28. L'article 2, paragraphe 3, de la loi autrichienne sur la responsabilité de l'État (Amthftungsgesetz, AHG) exclut au niveau national toute responsabilité concernant les décisions des juridictions suprêmes, ce qui vaut également pour les décisions du Verwaltungsgerichtshof. Les décisions des juridictions suprêmes doivent avoir pour effet de régler les litiges. Dans le cas contraire, l'équilibre constitutionnel entre les juridictions suprêmes serait ébranlé si une Cour suprême, à savoir l'Oberster Gerichtshof, était autorisée à statuer aussi sur les jugements des autres juridictions de dernier ressort dans des recours en responsabilité de l'État.

29. La question se poserait de savoir si cette exclusion de la responsabilité de l'État est contraire au droit communautaire. Néanmoins, il conviendrait d'y répondre par la négative.

En tout état de cause, ce principe de non-responsabilité ne compromettrait pas l'application du droit communautaire car les parties peuvent se prévaloir du droit communautaire devant les juridictions suprêmes. En outre, la sécurité juridique revêt une grande importance, ainsi que la Cour le reconnaît également. La reconnaissance d'une telle responsabilité pourrait en effet donner lieu à un *perpetuum mobile* sur le plan procédural.

30. Finalement, un autre aspect plaiderait en faveur du rejet d'une telle responsabilité de l'État. L'on pourrait déduire *e contrario* de l'arrêt de la Cour dans l'affaire *Brasserie du Pêcheur*⁵ que la responsabilité des États membres ne serait engagée pour les décisions de leurs juridictions suprêmes que si la Communauté devait également répondre (dans le cadre de la responsabilité extra-contractuelle) des décisions de la Cour en tant que juridiction suprême de la Communauté. En raison du principe selon lequel un tribunal ne peut intervenir dans le règlement d'un litige portant sur un droit à réparation découlant d'un arrêt auquel il a lui-même contribué, il n'y aurait plus de tribunal compétent pour trancher un recours en responsabilité en cas de décision en séance plénière de la Cour.

31. Il convient de rappeler que la Commission a ouvert une procédure d'infraction au traité contre l'Autriche en application de l'article 226 du traité CE (Az.: A/1998/2281). Dans un avis motivé en date du 26 janvier 2000, la

⁵ Arrêt de la Cour du 2.7.1985 dans l'affaire 148/84, *Brasserie du Pêcheur*, Rec. 1985, p. 1981.

Commission a informé l'Autriche que le système d'avancement tel que prévu par les articles 8 et 12 GehG était contraire au droit communautaire dans la mesure où seules les périodes de service accomplies dans le service public sur le territoire national sont automatiquement prises en compte pour l'établissement de la rémunération et de l'ancienneté, et non les périodes de service effectuées dans les autres États membres. S'agissant de l'arrêt du 30 novembre 2000 dans l'affaire C-195/98, *Österreichischer Gewerkschaftsbund contre République d'Autriche*, concernant une procédure préjudicielle, dans lequel la Cour constate l'incompatibilité de cette disposition avec le principe de la libre circulation des travailleurs, le gouvernement autrichien a annoncé son intention de modifier la disposition en cause. La Commission a donc décidé de suspendre la procédure d'infraction.

32. Aux fins du règlement du litige, la juridiction de renvoi pose à la Cour les questions suivantes:

1. La jurisprudence de la Cour selon laquelle la responsabilité de l'État est engagée en cas de violation du droit communautaire, quel que soit l'organe de l'État membre auquel cette violation est imputable (notamment, par exemple, arrêt du 5 mars 1996, Brasserie du Pêcheur, C-46/93 et C-48/93, Rec. p. I-1029), est-elle également applicable dans le cas où le comportement de l'organe réputé contraire au droit communautaire est constitué par une décision d'une juridiction suprême d'un État membre telle que, en l'espèce, le Verwaltungsgerichtshof?

2. Dans l'hypothèse d'une réponse affirmative à la première question:

La jurisprudence de la Cour selon laquelle il appartient à l'ordre juridique de chaque État membre de désigner la juridiction compétente pour trancher les litiges qui mettent en cause des droits individuels, dérivés de l'ordre juridique communautaire (notamment, par exemple, arrêt du 17 septembre 1997, Dorsch Consult, C-54/96, Rec. p. I-4961), est-elle également applicable dans le cas où le comportement de l'organe réputé contraire au droit communautaire est constitué par une décision d'une juridiction suprême d'un État membre telle que, en l'espèce, le Verwaltungsgerichtshof?

3. Dans l'hypothèse d'une réponse affirmative à la deuxième question:

La thèse juridique formulée dans l'arrêt susmentionné du Verwaltungsgerichtshof, selon laquelle l'indemnité spéciale d'ancienneté est une sorte de prime de fidélité, est-elle contraire à une disposition directement applicable du droit communautaire, en particulier au principe de non-discrimination indirecte établi à l'article 48 CE et à la jurisprudence pertinente constante de la Cour à cet égard?

**4. Dans l'hypothèse d'une réponse affirmative à la troisième question:
Cette disposition du droit communautaire directement applicable qui a été
enfreinte crée-t-elle pour le demandeur au principal un droit subjectif?**

**5. Dans l'hypothèse d'une réponse affirmative à la quatrième question:
La Cour dispose-t-elle, sur la base du libellé de la demande préjudicielle, de
toutes les informations lui permettant de juger elle-même si le
Verwaltungsgerichtshof a manifestement et notablement abusé dans le cas
d'espèce du pouvoir d'appréciation dont il dispose, ou bien s'en remet-elle à la
juridiction autrichienne de renvoi pour trancher cette question?**

II. LE CADRE JURIDIQUE

1. Le droit communautaire

33. L'article 39 CE dispose:

"(1) La libre circulation des travailleurs est assurée à l'intérieur de la Communauté au plus tard à l'expiration de la période de transition.

(2) Elle implique l'abolition de toute discrimination, fondée sur la nationalité, entre les travailleurs des États membres, en ce qui concerne l'emploi, la rémunération et les autres conditions de travail.

(3) Elle comporte le droit, sous réserve des limitations justifiées par des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique:

(a) de répondre à des emplois effectivement offerts,

(b) de se déplacer à cet effet librement sur le territoire des États membres,

(c) de séjourner dans un des États membres afin d'y exercer un emploi conformément aux dispositions législatives, réglementaires et administratives régissant l'emploi des travailleurs nationaux,

(d) de demeurer, dans des conditions qui feront l'objet de règlements d'application établis par la Commission, sur le territoire d'un État membre, après y avoir occupé un emploi.

(4) Les dispositions du présent article ne sont pas applicables aux emplois dans l'administration publique."

34. Les articles 1^{er}, 2, 3 et 7 du règlement n° 1612/68 disposent:

«Article premier

(1) Tout ressortissant d'un État membre, quel que soit le lieu de sa résidence, a le droit d'accéder à une activité salariée et de l'exercer sur le territoire d'un autre État

membre, conformément aux dispositions législatives, réglementaires et administratives régissant l'emploi des travailleurs nationaux de cet État.

(2) Il bénéficie notamment sur le territoire d'un autre État membre de la même priorité que les ressortissants de cet État dans l'accès aux emplois disponibles.

Article 2

Tout ressortissant d'un État membre et tout employeur exerçant une activité sur le territoire d'un État membre peuvent échanger leurs demandes et offres d'emplois, conclure des contrats de travail et les mettre à exécution, conformément aux dispositions législatives, réglementaires et administratives en vigueur, sans qu'il puisse en résulter de discrimination.

Article 3

(1) Dans le cadre du présent règlement, ne sont pas applicables les dispositions législatives, réglementaires ou administratives ou les pratiques administratives d'un État membre:

- qui limitent ou subordonnent à des conditions non prévues pour les nationaux la demande et l'offre de l'emploi, l'accès à l'emploi et son exercice par les étrangers,*
- ou qui, bien qu'applicables sans acception de nationalité, ont pour but ou effet exclusif ou principal d'écarter les ressortissants des autres États membres de l'emploi offert.*

Cette disposition ne concerne pas les conditions relatives aux connaissances linguistiques requises en raison de la nature de l'emploi à pourvoir.

Sont comprises notamment parmi les dispositions ou pratiques visées au paragraphe 1 premier alinéa, celles qui, dans un État membre:

- a) rendent obligatoire le recours à des procédures de recrutement de main-d'œuvre spéciales aux étrangers;*
- b) limitent ou subordonnent à des conditions autres que celles qui sont applicables aux employeurs exerçant leurs activités sur le territoire de cet État l'offre d'emploi par voie de presse ou par toute autre voie;*
- c) subordonnent l'accès à l'emploi à des conditions d'inscription dans les bureaux de placement ou font obstacle au recrutement nominatif de travailleurs, lorsqu'il s'agit de personnes qui ne résident pas sur le territoire de cet État.*

Article 7

1. Le travailleur ressortissant d'un État membre ne peut, sur le territoire des autres États membres, être, en raison de sa nationalité, traité différemment des travailleurs nationaux, pour toutes conditions d'emploi et de travail, notamment en matière de rémunération, de licenciement, et de réintégration professionnelle ou de réemploi s'il est tombé en chômage."

2. Le droit national

35. L'article 50 a du GehG de 1956⁶ dispose:

"(1) Un professeur titulaire de l'enseignement supérieur justifiant, en tant que tel, de quinze années de service dans une université (ou un établissement d'enseignement supérieur) autrichienne ainsi que de quatre ans de service pour la prime d'ancienneté au titre de l'article 50, a droit à une indemnité spéciale d'ancienneté prise en compte pour la retraite lorsqu'il remplit ces deux conditions, et ce à concurrence de la prime d'ancienneté visée à l'article 50, paragraphe 3."

36. L'article 2 du Amtshaftungsgesetz⁷ dispose:

"(1) Il n'est pas nécessaire de désigner un organe précis lors d'une demande en réparation; il suffit d'établir que le préjudice n'a pu être causé que par la violation du droit par un organe de la partie défenderesse.

(2) Le droit à réparation n'est pas reconnu lorsque la personne lésée aurait pu éviter le préjudice par voie de recours, notamment auprès du Verwaltungsgerichtshof.

(3) Une décision du Verfassungsgerichtshof, de l'Oberster Gerichtshof ou du Verwaltungsgerichtshof ne donne pas droit à réparation."

⁶ Loi fédérale du 29.2.1956 relative au traitement des fonctionnaires (Gehaltsgesetz 1956, BGBl. 54/1956, modifiée en dernier lieu par BGBl. I 34/2001).

⁷ Loi fédérale du 18.12.1948 régissant la responsabilité de l'État fédéral, des Länder, des districts, des communes ainsi que des autres collectivités et organismes de droit public pour les préjudices découlant de l'application des lois (Amtshaftungsgesetz, BGBl. 20/1949, modifiée en dernier lieu par BGBl. 194/1999).

III. APPRÉCIATION JURIDIQUE

1. Remarque préliminaire

37. Afin d'éviter d'abondantes observations générales, éventuellement superflues, concernant les première et deuxième questions, il semble opportun de répondre tout d'abord à la troisième question (point 2 ci-après). Une réponse négative à cette question rendrait toutes les autres questions inutiles. En cas de réponse affirmative à la troisième question, la réponse aux autres questions serait plus orientée et plus précise car la nature et la gravité de la violation du droit communautaire, qui constituent le point de départ d'une éventuelle responsabilité de l'État, apparaîtraient clairement.

2. Sur la troisième question préjudicielle:

La thèse juridique formulée dans l'arrêt susmentionné du Verwaltungsgerichtshof, selon laquelle l'indemnité spéciale d'ancienneté est une sorte de prime de fidélité, est-elle contraire à une disposition directement applicable du droit communautaire, en particulier au principe de non-discrimination indirecte établi à l'article 48 CE et à la jurisprudence pertinente constante de la Cour à cet égard?

a) Les dispositions pertinentes du droit national et du droit communautaire

38. L'interprétation et l'application du droit national incombent au juge national.
39. L'article 50 a GehG étant une disposition du droit autrichien, seules les juridictions autrichiennes sont compétentes aux fins de son interprétation. Cependant, tout comme une loi nationale peut, quant au fond, enfreindre le droit communautaire, une loi peut aussi violer les principes du droit communautaire de par son interprétation par les autorités administratives ou judiciaires. C'est la raison pour laquelle la Cour rappelle constamment dans sa jurisprudence que le juge national est tenu, conformément à l'article 10 CE, d'interpréter le droit national à la lumière du droit communautaire afin d'éviter un conflit entre le droit national et les dispositions prioritaires du droit communautaire⁸.

⁸ Voir arrêt du 13.11.1990, C-106/89, *Marleasing*, Rec. 1990, p. I-4135, point 13.

40. En revanche, s'il s'agit de l'interprétation du droit communautaire, en cas de doutes le juge national peut saisir la Cour conformément à l'article 234 CE. S'il s'agit d'une juridiction suprême, le juge national doit saisir la Cour en vertu de l'article 234 CE.
41. On peut s'interroger sur la pertinence de la troisième question préjudicielle pour le règlement du litige, telle qu'elle est formulée. Ainsi qu'il est exposé ci-après, il ne s'agit pas du droit incontesté du Verwaltungsgerichtshof d'interpréter l'article 50 a GehG, mais de déterminer si l'article 39 CE, lu en parallèle avec l'article 7 du règlement n° 1612/68, s'oppose ou non à une disposition nationale comme l'article 50 a GehG litigieux en l'espèce, tel qu'il est interprété par le Verwaltungsgerichtshof. C'est seulement après cette clarification que se posera, le cas échéant, la question de la responsabilité de l'État pour la juridiction de renvoi.
42. C'est la raison pour laquelle la Commission suggère de reformuler la troisième question préjudicielle dans le sens de la question préjudicielle soumise initialement par le Verwaltungsgerichtshof:

L'article 39 CE et l'article 7 du règlement n° 1612/68 doivent-ils être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à un système national de rémunération, tel l'article 50 a GehG, indépendamment de sa qualification juridique, lorsque le traitement est également fonction, entre autres, de l'ancienneté et que seules sont prises en compte, à cet égard, les périodes de service effectuées sur le territoire de l'État membre concerné, et non les activités équivalentes qui ont été exercées antérieurement dans un autre État membre?

43. S'agissant des questions litigieuses en l'espèce, l'article 50 a GehG est on ne peut plus clair en ce sens que les périodes de service effectuées dans les universités autrichiennes ou les établissements d'enseignement supérieur autrichiens sont prises en considération contrairement à celles accomplies dans les universités ou établissements des autres États membres. Dès lors, cette disposition est de toute évidence discriminatoire et constitue une violation manifeste de l'article 39 CE au regard de la jurisprudence de la Cour si elle ne peut se justifier autrement dans le cadre du droit communautaire.

44. Nul n'est besoin d'interpréter le libellé de l'article 50 a GehG, qui est absolument clair en ce qui concerne la discrimination opérée entre les périodes de service accomplies dans les universités et établissements autrichiens et celles accomplies dans les autres États membres. En effet, il ne s'agit pas en l'espèce d'une interprétation mais d'une constatation du sens et de finalité de la disposition en cause. Le sens et la finalité de la disposition peuvent justifier une telle discrimination uniquement si cette justification découle effectivement du droit communautaire. À cet égard, il apparaît que le cas d'espèce ne concerne pas seulement l'interprétation du droit national, qui incombe du reste au juge national, mais également l'interprétation du droit communautaire, auquel doit être conforme le droit national dont le sens et la finalité sont définis par le juge national.
45. En ce qui concerne le droit communautaire, le Verwaltungsgerichtshof s'est cru suffisamment informé par l'arrêt de la Cour dans l'affaire *Schöning* pour être en mesure de trancher le cas d'espèce. Force est de constater à cet égard que le Verwaltungsgerichtshof a tout d'abord interprété ledit arrêt différemment par rapport à son jugement définitif. Selon la Commission, le Verwaltungsgerichtshof méconnaît dans son appréciation finale la portée de l'arrêt *Schöning*, à savoir le droit communautaire applicable; à la lumière des nouveaux points d'interprétation soulevés, il aurait dû maintenir sa première demande de décision préjudicielle en la reformulant (voir les explications au point b).
46. À cet égard se pose également la question de savoir si le droit communautaire exige que les périodes de service accomplies avant l'entrée en vigueur de cette législation en Autriche (c'est-à-dire avant la mise en œuvre de l'EEE ou l'adhésion de l'Autriche à l'UE) soient prises en considération pour le salaire (voir les explications au point c). Ce problème n'a été évoqué ni par la juridiction de renvoi ni par les parties au litige. Or sans une telle prise en compte des périodes de service accomplies dans les autres États membres avant l'adhésion de l'Autriche à l'EEE ou à l'UE, la revendication de la partie demanderesse serait irrésolue.
- b) La motivation de l'article 50 a GehG de 1956 en tant que prime de fidélité au regard du droit communautaire
47. Tout d'abord, il convient de souligner que l'exception prévue à l'article 39, paragraphe 4, du traité CE pour l'emploi dans la fonction publique ne s'applique pas

au cas d'espèce. Selon la Commission, un professeur d'université, chargé principalement de tâches relevant de la recherche et de l'enseignement, ne fait pas partie du personnel exerçant une activité souveraine, comme le prévoit l'article 39, paragraphe 4, CE. Toutes les parties à la procédure devraient en convenir incontestablement.

48. La discrimination alléguée par la demanderesse concerne une prime salariale et donc son versement, en l'espèce sous la forme d'appointements. Sont dès lors déterminants en l'espèce: l'article 39, paragraphe 2, du traité CE, qui garantit la libre circulation des travailleurs des États membres et, dans l'exercice de ce droit, l'égalité de traitement notamment en ce qui concerne la rémunération; l'article 1^{er} du règlement n° 1612/68, qui consacre le principe général de l'égalité de traitement; et surtout – même si le Verwaltungsgerichtshof n'a pas sollicité l'interprétation de cette disposition dans sa demande préjudicielle initiale – l'article 7 dudit règlement qui précise l'article 1^{er} et prohibe toute discrimination «notamment en matière de rémunération».
49. Rappelons que le litige au principal ne concerne pas une discrimination directe mais une discrimination indirecte fondée sur la nationalité. Le critère pour l'attribution d'une prime spéciale d'ancienneté aux professeurs d'université titulaires n'est pas la nationalité mais l'ancienneté acquise dans les universités autrichiennes. La question de savoir s'il existe (aussi) une discrimination, fût-elle indirecte, fondée sur la nationalité est cependant accessoire car il importe surtout de déterminer si l'article 50 a GehG entrave indûment l'exercice du droit à la libre circulation.
50. La Commission est d'avis que l'on est en présence d'une discrimination indirecte fondée sur la nationalité, car il ressort de la jurisprudence constante⁹ de la Cour que l'article 39 du traité interdit non seulement les discriminations ostensibles, fondées sur la nationalité, mais encore toutes formes dissimulées de discrimination qui, par l'application d'autres critères de distinction, aboutissent en fait au même résultat. Une disposition nationale doit être considérée comme indirectement discriminatoire si elle est susceptible, par sa nature même, d'affecter davantage les travailleurs migrants et qu'elle risque, par conséquent, de les défavoriser par rapport aux

⁹ Arrêt de la Cour du 30.11.2000 dans l'affaire C-195/98, *Österreichischer Gewerkschaftsbund*, point 39 (à paraître au Recueil).

travailleurs nationaux¹⁰. La Cour renvoie à des arrêts antérieurs dans lesquels elle dit pour droit que certaines règles nationales s'opposant à la prise en compte des périodes d'activité antérieures effectuées au sein de l'administration publique d'autres États membres constituent une discrimination indirecte injustifiée et contraire à l'article 48, paragraphe 2, du traité CE (devenu l'article 39, paragraphe 2, CE)¹¹, dès lors que ce sont les travailleurs migrants qui auront effectué en principe ces périodes d'activité à l'étranger, ce qui est rarement le cas des travailleurs nationaux.

51. Cependant, un élément plus pertinent est l'effet de la disposition sur le droit à la libre circulation, conféré également aux ressortissants autrichiens dans la Communauté.
52. En effet, les enseignants exerçant leur activité en Autriche sont dissuadés, au début de leur carrière, d'accepter un poste à l'étranger car ils perdraient une augmentation salariale importante pour plusieurs années lorsqu'ils rentreraient au pays après avoir travaillé dans une université d'un autre État membre. C'est l'objectif déclaré de la disposition vu sous l'angle de la «prime de fidélité».
53. En outre, les enseignants étrangers ne bénéficiant pas de l'indemnité spéciale d'ancienneté au titre de l'article 50 a GehG, ils sont dissuadés d'accepter un poste dans une université autrichienne ou reçoivent, en tout état de cause, un traitement moins favorable que leurs collègues ayant fait carrière exclusivement en Autriche.
54. Cet effet négatif de l'article 50 a GehG est confirmé par l'arrêt *Scholz* de la Cour¹². S'agissant de la mise en concours d'un poste, elle constate en effet que le refus de prendre en considération la période de travail accomplie dans le service public d'un autre État membre, indépendamment de la nationalité de la personne concernée, constitue une violation du droit à la libre circulation et que lorsque cela concerne un

¹⁰ Arrêt de la Cour du 30.11.2000 dans l'affaire C-195/98, *Österreichischer Gewerkschaftsbund*, point 40 (à paraître au Recueil).

¹¹ Arrêt de la Cour du 30.11.2000 dans l'affaire C-195/98, *Österreichischer Gewerkschaftsbund*, point 41 (à paraître au recueil); arrêt du 23.2.1994, C-419/92, *Scholz*, Rec. 1994, p. I-505, point 7; arrêt du 15.1.1998, C-15/96, *Schöning-Kougebetopoulou*, Rec. 1998, p. I-0047, point 23; arrêt du 12.3.1968, C-187/96, *Commission/Grèce*, Rec. 1998, p. I-1095, point 21.

¹² Arrêt du 23.2.1994, C-419/92, *Scholz*, Rec. 1994, p. I-505, point 11.

ressortissant d'un autre État membre, il s'agit également d'une discrimination indirecte.

55. L'arrêt *Schöning* indique de manière plus explicite qu'un régime qui tient seulement compte de la période de travail accomplie dans les établissements nationaux entrave le droit à la libre circulation et peut être discriminatoire. Dans cet arrêt relatif à une disposition du système de rémunération des employés de la fonction publique qui exclut, en matière d'avancement, la prise en compte des périodes d'activité effectuées dans le service public d'un autre État membre, la Cour constate que cette disposition joue manifestement au détriment des travailleurs migrants ayant effectué une partie de leur carrière dans le service public d'un autre État membre. Pareilles dispositions portent atteinte au droit à la libre circulation énoncé à l'article 48 du traité (devenu, après modification, article 39 CE) et enfreignent également le principe de non-discrimination visé à l'article 7, paragraphes 1 et 4, du règlement n° 1612/68¹³.

56. Enfin, la Cour confirme sa jurisprudence dans son arrêt, déjà cité, du 30 novembre 2000 concernant l'affaire C-195/98, *Österreichischer Gewerkschaftsbund*¹⁴. Il y est question de l'article 26 du VBG, en vertu duquel l'employé est promu, tous les deux ans, à l'échelon de rémunération supérieur. Or si aux fins de la détermination de la date de référence pour l'avancement, il n'exclut pas intégralement les périodes d'activité accomplies dans un autre État membre, il les soumet néanmoins à des exigences plus strictes que celles applicables aux périodes d'activité effectuées sur le territoire national.

Dans ce cas-ci également, la Cour constate une discrimination indirecte à l'égard des travailleurs migrants.

57. La prise en compte uniquement des périodes d'activité accomplies dans les universités autrichiennes ne serait pas considérée comme une violation de l'article 39 CE et de l'article 7 du règlement n° 1612/68 si la disposition en cause

¹³ Arrêt du 15.1.1998, C-15/96, *Schöning-Kougebetopoulou*, Rec. 1998, p. I-47, point 23.

¹⁴ Arrêt du 30.11.2000, C-195/98, *Österreichischer Gewerkschaftsbund*, point 44 (à paraître au Recueil).

était fondée sur des considérations objectives, indépendantes de la nationalité des travailleurs concernés et proportionnelles à l'objectif poursuivi ¹⁵.

58. Or, la Commission ne saurait reconnaître l'existence de telles considérations objectives en l'espèce.
59. Dans son arrêt du 24 juin 1998, le Verwaltungsgerichtshof considère l'article 50 a GehG comme une «prime de fidélité» légale. À cet égard, il invoque l'arrêt *Schöning* pour justifier cette disposition au regard du droit communautaire. Étant donné qu'en Autriche, contrairement à l'Allemagne notamment, les universités relèvent exclusivement de l'autorité fédérale, l'article 50 a GehG ne concernerait qu'un seul employeur. La raison pour laquelle la Cour a déclaré, dans cette affaire, la réglementation allemande contraire au droit communautaire ne s'appliquerait donc pas à l'article 50 a GehG, d'où la compatibilité de ce dernier avec la législation communautaire.
60. Selon la Commission, cette thèse juridique du Verwaltungsgerichtshof ne convainc pas. D'une part, elle repose sur une interprétation *e contrario* déduite non pas d'un acte législatif ou réglementaire mais d'un arrêt de la Cour. L'approche est déjà douteuse d'un point de vue méthodologique car les interprétations *e contrario* - l'argumentation juridique la plus fragile - ne peuvent être inférées que de dispositions législatives ou réglementaires explicites. D'autre part, dans l'arrêt *Schöning*, la Cour réfute simplement l'argument selon lequel la disposition du BAT concernée serait justifiée objectivement en ce qu'elle viserait à récompenser la fidélité d'un employé à l'égard de son employeur et à le motiver par la perspective d'améliorer sa situation financière. Dès lors que cette disposition concerne une multitude d'employeurs, il ne saurait être question d'une prime de fidélité en tant que telle¹⁶. À vrai dire, la Cour n'a jamais explicitement soutenu qu'une prime de fidélité pouvait justifier une disposition discriminatoire à l'égard des travailleurs des autres États membres. La Cour n'a pas examiné cette question plus à fond car elle ne se posait pas de par la nature de la disposition allemande.

¹⁵ Arrêt du 30.11.2000, C-195/98, *Österreichischer Gewerkschaftsbund*, point 40 avec d'autres références (à paraître au Recueil).

¹⁶ Arrêt du 15.1.1998, C-15/96, *Schöning-Kougebetopoulou*, Rec. 1998, p. I-47, points 26 et suiv.

Selon la Commission, la juridiction nationale n'aurait pas dû présumer, sans en référer à la Cour, qu'une «prime de fidélité» était en l'espèce compatible avec le droit communautaire, car l'on ne saurait tout bonnement déduire l'interprétation *e contrario* du Verwaltungsgerichtshof de l'arrêt de la Cour.

61. Selon la Commission, la Cour ne stipule aucunement dans sa jurisprudence que les primes de fidélité peuvent justifier en toute circonstance une restriction du droit à la libre circulation. En tout état de cause, le Verwaltungsgerichtshof ne pouvait pas conclure à l'existence d'une jurisprudence de la Cour ne laissant place à aucun doute (acte clair)¹⁷. En tant que juridiction suprême, il n'aurait pas dû retirer la demande de décision préjudicielle, même s'il en modifiait une des prémisses énoncées par lui-même à l'origine, à savoir que la disposition litigieuse ne constituait pas une prime de fidélité. C'est pourquoi la Commission estime qu'il y a manquement à l'obligation de renvoi en vertu de l'article 234, paragraphe 3, CE.
62. Cependant, la Commission considère que le droit communautaire ne s'oppose pas en principe à ce qu'un employeur cherche à retenir les travailleurs qualifiés en accordant des augmentations de salaire ou des primes à son personnel en fonction de la durée de service dans l'entreprise. Selon la Commission, ce point de vue est indirectement étayé par l'arrêt de la Cour du 27 janvier 2000 concernant l'affaire C-190/98, *Graf*¹⁸. Une telle prime de fidélité liée à l'entreprise s'applique indépendamment de la nationalité du travailleur concerné et n'affecte pas davantage les travailleurs migrants que les travailleurs nationaux qui exercent une activité salariée auprès d'un nouvel employeur établi dans l'État membre. C'est en raison de la «neutralité» de cette réglementation sur le marché de l'emploi que la Cour a réfuté, dans l'affaire *Graf*, l'existence d'une violation du droit communautaire lorsqu'un travailleur migrant, ayant lui-même mis fin à son contrat de travail, se voit refuser une indemnité qu'il aurait en revanche perçue en cas de licenciement par l'employeur. L'incidence sur la libre circulation a été jugée indirecte et très aléatoire. Dans l'arrêt *Graf*, la Cour souligne d'entrée de jeu que les dispositions applicables indistinctement à des circonstances purement nationales et pertinentes pour la Communauté, qui empêchent ou dissuadent un ressortissant d'un État

¹⁷ Arrêt du 6.10.1982, 283/81, *C.I.L.F.I.T.* e.a, Rec. 1982, p. 3415, point 16.

¹⁸ Arrêt du 27.1.2000, C-190/98, *Graf*, Rec. 2000, p. I-493, point 23.

membre de quitter son État d'origine pour exercer son droit à la libre circulation, constituent des entraves à cette liberté.

63. C'est précisément de quoi il est question en l'espèce. Ainsi qu'il a été indiqué précédemment, la «prime de fidélité» visée à l'article 50 a GehG se distingue des primes susmentionnées qui produisent leurs effets uniquement au sein de l'entreprise, dans la mesure où elle agit au niveau de l'État membre par rapport aux autres pays de l'Union et, partant, affecte directement la libre circulation des enseignants. En outre, il s'agit d'une discrimination indirecte. Les enseignants ne sont pas retenus dans une université ou dans un établissement spécifique mais sur le «territoire national» (dans l'État membre concerné). Cet objectif affiché s'oppose diamétralement à la libre circulation car la Communauté vise l'instauration d'un marché du travail unique dans le contexte du marché intérieur. La qualification de la disposition en tant que «prime de fidélité» ne change rien à cette appréciation, d'autant plus qu'elle repose sur un argument purement formel à savoir que l'État gère l'ensemble des universités. En réalité, les universités autrichiennes sont non seulement en concurrence avec les établissements des autres États membres mais également entre elles. Or, dans ce deuxième cas de figure, la disposition ne produit pas d'effets. En outre, l'employeur (l'État fédéral) ne peut pas, à l'instar d'un patron qui verse une prime de fidélité pour plusieurs années passées au sein de son entreprise, affecter un enseignant d'une université à un autre établissement universitaire.
64. Eu égard à ce qui précède, il ressort que la «prime de fidélité» de l'article 50 a GehG n'est pas comparable à une prime de fidélité octroyée dans une entreprise. S'agissant des sociétés, l'attribution de primes de fidélité n'a pas d'incidence sur la politique du marché de l'emploi. Elles produisent le même effet sur le marché du travail de l'État membre que dans le marché intérieur de la Communauté. Il en va autrement de l'article 50 a GehG, qui entraîne un cloisonnement du marché de l'emploi en Autriche. On peut dès lors concevoir que l'attribution d'une «prime de fidélité» ou «prime destinée à retenir le travailleur» au niveau de l'État membre est contraire au droit communautaire précisément à la lumière de cet objectif explicite. La nouvelle interprétation donnée par le Verwaltungsgerichtshof de l'article 50 a GehG ne supprime donc pas son incompatibilité au regard du traité CE mais, au contraire, la renforce.

65. Il convient d'ajouter ce qui suit *ad abundantiam*.

La supposition du Verwaltungsgerichtshof selon laquelle l'État est seul responsable des universités semble contestable. Du reste, le Verwaltungsgerichtshof restreint sa propre présomption en ajoutant en incise¹⁹ «pour ce qui concerne le cas d'espèce» («*soweit dem im Beschwerdefall Bedeutung zukommt*») sans motiver cette remarque. Le demandeur conteste, quant à lui, cette affirmation en indiquant que l'article 50 a GehG s'applique également aux enseignants des hautes écoles spécialisées, qui ne relèvent pas exclusivement de l'État²⁰. Si l'allégation du demandeur était avérée, au moins un élément déterminant de l'argumentation du Verwaltungsgerichtshof serait fortement ébranlé car on ne saurait exclure une certaine mobilité des enseignants entre les grandes écoles spécialisées et les universités.

66. En outre, de par son objectif explicite («prime de fidélité»), la disposition litigieuse s'oppose à la mobilité tant promue dans le domaine de la science et de la recherche. On ne peut exclure que des enseignants, qui ne trouvent pas un poste à l'étranger faute de qualifications supérieures suffisantes, bénéficient de la prime de fidélité, ou pour ainsi dire peuvent «acquérir» celle-ci. En effet, contrairement aux travailleurs ordinaires, les enseignants ne peuvent pas être congédiés. Par contre, les enseignants mobiles et convoités à l'étranger sont «pénalisés»²¹.

67. Enfin, il se peut que des considérations fiscales soient déterminantes pour le «principe de fidélité» énoncé à l'article 50 a GehG. Cependant, de telles considérations ne sauraient justifier une restriction du droit à la libre circulation au regard de l'article 39 CE.

c) Éventuelle prise en compte des périodes de service accomplies dans d'autres États membres avant l'adhésion de l'Autriche dans l'UE

¹⁹ Arrêt du Verwaltungsgerichtshof du 24.6.1998, p. 14, dernier paragraphe.

²⁰ Observations préliminaires de la demanderesse du 12 avril 2001 dans la procédure en responsabilité de l'État, p. 5.

²¹ L'on ne saurait en aucun cas soutenir que les enseignants qui ne travaillent pas à l'étranger ne sont pas qualifiés. En effet, une multitude de raisons dictent le parcours d'une carrière académique, en ce compris des motifs très personnels.

68. Finalement, il y a lieu de répondre à la question de savoir si le principe de l'égalité de traitement en matière de rémunération, consacré par l'article 39 CE et l'article 7 du règlement n° 1612/68, exige la prise en compte des périodes de service accomplies dans un autre État membre avant l'entrée en vigueur de ces dispositions en Autriche (c'est-à-dire avant la mise en œuvre de l'EEE ou l'adhésion de l'Autriche à l'UE).
69. Selon la Commission, il convient de répondre à cette question par l'affirmative. La date à laquelle les périodes de service ont été accomplies n'est pas pertinente; il importe uniquement de savoir si ces activités sont comparables à celles exigées dans le pays d'accueil pour la fonction exercée par le travailleur migrant. Dans le cas contraire, les travailleurs migrants désireux d'exercer un emploi dans un État membre ou originaires d'un pays ayant adhéré plus récemment à l'Union seraient injustement défavorisés par rapport aux travailleurs migrants souhaitant exercer un emploi dans un État membre plus ancien ou originaires d'un tel État membre.
70. La justesse de ce point de vue est également étayée par les règles définies par le législateur communautaire et la Cour concernant la reconnaissance des qualifications. Bien que la reconnaissance des formations suivies dans d'autres États membres soit moins évidente que la simple reconnaissance des périodes de service, ni les directives pertinentes (par exemple les deux directives sur la reconnaissance des diplômes) ni la juridiction de la Cour²² ne subordonnent la reconnaissance obligatoire des titres et qualifications acquis dans d'autres États membres à leur obtention avant ou après l'entrée en vigueur du droit communautaire.
71. En conséquence, s'agissant de la troisième question préjudicielle, il convient de répondre que, contrairement à l'avis du Verwaltungsgerichtshof, le droit communautaire s'oppose bel et bien à l'article 50 a GehG. À cet égard sont décisifs, non pas la nouvelle interprétation donnée par le Verwaltungsgerichtshof concernant la qualification de l'indemnité spéciale d'ancienneté, mais la méconnaissance de l'effet de l'article 50 a GehG sur le marché communautaire de l'emploi,

²² Voir à titre d'exemple l'arrêt du 7.5.1991, C-340/89, *Vlassopoulou*, Rec. 1991, p. I-2357, points 3 et suiv., dans lequel la Cour somme les autorités allemandes de reconnaître une formation d'avocat acquise en Grèce avant l'entrée de ce pays dans l'Union.

l'interprétation erronée de l'arrêt *Schöning* de la Cour, ainsi que le défaut de motivation objective de la disposition litigieuse au regard du droit communautaire.

72. Dès lors, la Commission suggère de répondre comme suit à la troisième question préjudicielle reformulée:

L'article 39 CE et l'article 7 du règlement n° 1612/68 s'opposent à un système national de rémunération tel l'article 50 a GehG, indépendamment de sa qualification juridique, lorsque le traitement est également fonction, entre autres, de l'ancienneté et que seules sont prises en compte, à cet égard, les périodes de service effectuées sur le territoire de l'État membre concerné, et non les activités équivalentes qui ont été exercées antérieurement dans un autre État membre.

3. Sur la quatrième question préjudicielle:

Cette disposition du droit communautaire directement applicable qui a été enfreinte crée-t-elle pour le demandeur au principal un droit subjectif?

73. Selon la Commission, il y a lieu de répondre à cette question préjudicielle par l'affirmative. À cet égard, il est renvoyé à la jurisprudence constante de la Cour²³.
74. Par conséquent, la Commission suggère à la Cour de répondre comme suit à la quatrième question préjudicielle:

L'article 39 CE et l'article 7 du règlement n° 1611/68 créent des droits subjectifs pour les particuliers, que les autorités et les juridictions nationales ont l'obligation de préserver.

4. Sur les première, deuxième et cinquième questions préjudicielles

1. La jurisprudence de la Cour selon laquelle la responsabilité de l'État est engagée en cas de violation du droit communautaire, quel que soit l'organe de l'État membre auquel cette violation est imputable (notamment, par exemple, arrêt du 5 mars 1996, Brasserie du Pêcheur, C-46/93 et C-48/93, Rec. p. I-1029), est-elle également applicable dans le cas où le comportement de l'organe réputé contraire au droit communautaire est constitué par une décision d'une juridiction suprême d'un État membre telle que, en l'espèce, le Verwaltungsgerichtshof?

²³ Voir notamment l'arrêt du 15.12.1995, C-415/93, *Bosman*, Rec. 1995, p. I-4921.

2. Dans l'hypothèse d'une réponse affirmative à la première question:

La jurisprudence de la Cour selon laquelle il appartient à l'ordre juridique de chaque État membre de désigner la juridiction compétente pour trancher les litiges qui mettent en cause des droits individuels, dérivés de l'ordre juridique communautaire (notamment, par exemple, arrêt du 17 septembre 1997, Dorsch Consult, C-54/96, Rec. p. I-4961), est-elle également applicable dans le cas où le comportement de l'organe réputé contraire au droit communautaire est constitué par une décision d'une juridiction suprême d'un État membre telle que, en l'espèce, le Verwaltungsgerichtshof?

5. Dans l'hypothèse d'une réponse affirmative à la quatrième question:

La Cour dispose-t-elle, sur la base du libellé de la demande préjudicielle, de toutes les informations lui permettant de juger elle-même si le Verwaltungsgerichtshof a manifestement et notablement abusé dans le cas d'espèce du pouvoir d'appréciation dont il dispose, ou bien s'en remet-elle à la juridiction autrichienne de renvoi pour trancher cette question?

75. Il semble opportun d'examiner ces questions simultanément dès lors qu'il a été constaté une violation de l'article 234, paragraphe 3, et de l'article 39 du traité CE, ainsi que du règlement n° 1612/68 dans la décision du Verwaltungsgerichtshof du 24 juin 1998. En effet, ces questions forment un tout.
76. a) Il ressort du traité CE (cf. notamment l'article 10 ou l'article 249, paragraphes 2 et 3) et de la jurisprudence de la Cour²⁴ que toutes les autorités des États membres sont liées par le droit communautaire de la même manière dans la mesure où, s'agissant des obligations des États membres, il n'est pas établi de distinction entre elles. Des obligations particulières sont seulement prévues pour le pouvoir judiciaire à l'article 234.
77. Ainsi, la Cour n'a pas constaté dans sa jurisprudence que les principes de droit généraux énoncés par elle en matière de responsabilité ne s'appliquent pas à celle de l'État membre en cas de violation du droit communautaire par le juge national mais que, le cas échéant, des limitations doivent être imposées²⁵. Force est de constater

²⁴ Voir arrêt du 14.12.2000, C-344/98, *Masterfoods*, point 49 (à paraître au Recueil).

²⁵ Voir l'arrêt récent de la Cour du 28.6.2001, C-118/00, *Larsy* (à paraître au Recueil). Au point 35, qui renvoie également à l'arrêt du 1.6.1999, C-302/97, *Konle*, Rec. 1999, p. I-3099, point 62 ainsi qu'à l'arrêt du 4.7.2000, C-424/97, *Haim*, Rec. 2000, p. I-5123, point 27, il est stipulé: «Il incombe à chacun des États membres de s'assurer que les particuliers obtiennent réparation du préjudice que leur cause le non-respect du droit communautaire, quelle que soit l'autorité publique auteur de cette

toutefois que la Cour n'a encore jamais été saisie de litiges ayant trait à des décisions juridictionnelles contraires au droit communautaire.

78. Il ressort des observations de la Commission sur la troisième question préjudicielle que le problème juridique, soulevé en l'espèce, concernant la responsabilité de l'État à l'égard des violations du droit communautaire par les juridictions nationales ne se pose pas avec acuité. Certes, dans le cas d'espèce, la violation du droit communautaire par le Verwaltungsgerichtshof est avérée tant dans la procédure (article 234 § 3 CE) que dans les faits mêmes (violation de l'article 39 CE et de l'article 7 du règlement n° 1612/68 en raison d'une interprétation erronée de l'arrêt *Schöning*). Cette infraction aurait certainement pu être évitée. Cependant, force est de constater que le Verwaltungsgerichtshof a respecté dans un premier temps l'article 234, paragraphe 3, CE dans son ordonnance de renvoi du 22 octobre 1997. Suite à l'arrêt *Schöning* rendu par la Cour, le Verwaltungsgerichtshof a été amené à examiner si le renvoi demeurait nécessaire. Il a finalement estimé que non – en modifiant notamment sa thèse juridique en cours d'examen – et a ensuite tranché le cas d'espèce en se fondant sur l'arrêt *Schöning*, qu'il a mal interprété (notamment ses points 26 et 27) en le sortant notamment du contexte du traité CE et de la jurisprudence de la Cour. Le Verwaltungsgerichtshof pensait ainsi remplir ses obligations au titre de l'article 234. On ne saurait critiquer cette attitude car lorsque le juge national n'a plus de doutes sur l'interprétation du droit communautaire, il doit retirer sa demande de décision préjudicielle, ne serait-ce qu'aux fins de l'économie de la procédure. Or, la Cour l'invite justement à examiner la question. Le maintien de la demande préjudicielle n'aurait effectivement plus été nécessaire si les «primes de fidélité» (une incitation financière visant à retenir le travailleur auprès de son employeur) étaient autorisées en général par le droit communautaire. Le manquement à l'obligation de renvoi au titre de l'article 234, paragraphe 3, CE, imputable au Verwaltungsgerichtshof, est indissociable de la méconnaissance du droit communautaire par rapport à l'arrêt *Schöning*.

violation et quelle que soit celle à laquelle incombe en principe, selon le droit de l'État membre concerné, la charge de cette réparation».

79. Si l'examen de l'arrêt *Schöning* par le Verwaltungsgerichtshof est superficiel, on conviendra néanmoins que même une analyse plus poussée, telle qu'exposée par la Commission au point 2 ci-dessus, révèle que les «primes de fidélité» octroyées par un employeur à son personnel sont en principe compatibles avec le droit communautaire et que le Verwaltungsgerichtshof n'a tout bonnement pas apprécié à leur juste valeur les circonstances particulières du cas d'espèce (effet de cloisonnement de l'article 50 a GehG sur le marché du travail en Autriche pour les professeurs de l'enseignement supérieur). En effet, ces circonstances auraient dû inciter le Verwaltungsgerichtshof soit à laisser la Cour trancher la question, le cas échéant en précisant la demande préjudicielle, soit à statuer lui-même sur la question en faveur du demandeur, ainsi qu'il l'envisageait au départ.
80. Cependant, la Commission estime que la méconnaissance par le juge national des circonstances particulières d'une affaire ne saurait justifier en principe une violation suffisamment caractérisée du droit communautaire. Selon la jurisprudence constante de la Cour, pareille violation constitue une des trois conditions fondant une obligation de réparation par l'État membre pour manquement au droit communautaire²⁶. En effet, une telle violation caractérisée – à l'instar de la jurisprudence de la Cour relative aux violations du droit communautaire par le législateur – implique que le juge national a manqué manifestement et notablement à son obligation. Selon la Commission, cela suppose aussi que l'interprétation correcte du droit communautaire était évidente ou qu'elle soulevait en tout état de cause des doutes manifestes nécessitant un renvoi.
81. La Commission considère l'affaire de l'espèce comme un cas limite. Le Verwaltungsgerichtshof a commis une erreur grossière. Ainsi qu'il a été constaté, la décision du Verwaltungsgerichtshof se fonde sur un critère très formel (un seul et même employeur pour tous les enseignants en Autriche) et confère une portée impropre au regard du droit communautaire à la qualification de la prime salariale en tant que prime de fidélité. Il n'en reste pas moins qu'il s'agit de détails qui apparaissent, en tant que tels, à l'issue d'une appréciation minutieuse de la situation juridique et qui, au bout du compte, ne suffisent pas pour considérer qu'il y a violation flagrante du droit allant au-delà de l'erreur grossière. Il n'était pas

²⁶ Voir l'arrêt du 19.11.1991, C-6/90 et 9/90, *Francovich* e.a., Rec. 1991, p. I-5357.

totallement aberrant de considérer les «primes de fidélité» comme justifiées en règle générale au regard de l'arrêt *Schöning*, tout comme de se fonder sur l'unicité de l'employeur. La discrimination à l'égard des ressortissants des autres États membres n'était pas très évidente car elle était indirecte. L'arrêt *Graf*²⁷, qui distingue explicitement des degrés différents concernant l'effet des mesures nationales sur la libre circulation, n'avait pas encore été rendu au moment de la décision du Verwaltungsgerichtshof. Par conséquent, l'erreur de droit du Verwaltungsgerichtshof était en quelque sorte excusable. Ce caractère "excusable" est, selon la jurisprudence de la Cour, un des critères justifiant l'absence d'une violation suffisamment caractérisée du droit²⁸.

82. La Commission estime en effet que l'application d'un critère très strict est exclu en ce qui concerne le caractère excusable des décisions juridictionnelles attendu que la responsabilité pour ce type de décisions soulève des problèmes de droit spécifiques que la Cour ne peut du reste ignorer²⁹. Certes, la situation juridique dans la plupart des États membres n'est pas aussi extrême qu'en Allemagne, où la responsabilité pour les décisions judiciaires ne peut être engagée qu'en cas d'infraction (contournement de la loi) (article 34 de la loi fondamentale et article 839 § 2 du code civile - BGB), ou qu'en Autriche, où l'article 2, paragraphes 2 et 3, AHG exclut quasiment toute responsabilité (pas de droit à réparation lorsque le dommage aurait pu être évité par voie judiciaire, pas d'obligation de réparation pour les décisions des juridictions suprêmes)³⁰.
83. Il n'empêche que tous les États membres limitent d'une certaine manière - directement ou indirectement - la responsabilité de l'État à l'égard des décisions juridictionnelles³¹ et que ces restrictions sont tout simplement nécessaires afin de

²⁷ Voir la note 18, ci-dessus.

²⁸ Voir arrêt du 4.7.2000, C-424/97, *Haim*, Rec. 2000, p. I-5123, point 43.

²⁹ Voir l'article pertinent à cet égard de Georgios Anagnostaras «*The Principle of State Liability for Judicial Breaches: The Impact of European Community Law*», *European Public Law* 2001, p. 281.

³⁰ La situation juridique semble être toute aussi restrictive en Finlande.

³¹ Cf. Anagnostaras, précité à la note 29, Vandensanden/Doug: «*La responsabilité des États membres en cas de violation du droit communautaire*», Bruxelles, 1997; voir également la «*Charte européenne sur le statut des juges*» adoptée à l'occasion de la réunion du Conseil de l'Europe les 8-10 juillet 1998, plus précisément le chapitre 5 «*Responsabilité*», alinéa 5.2., première phrase, qui vise à subordonner la demande en réparation à la décision de l'instance disciplinaire compétente pour le juge concerné.

préserver la force de chose jugée aux décisions finales et, partant, la stabilité du droit. En effet, dans le cas contraire, les décisions en dernière instance dans les procédures en responsabilité pourraient être constamment contestées au motif que, par négligence, le juge national a interprété et appliqué le droit de manière erronée. Le cas d'espèce est éloquent à cet égard car, en fin de compte, le juge civil trancherait, quoiqu'indirectement, un point de droit de la législation communautaire imputable à la juridiction administrative. La nécessité d'une intervention préalable de la Cour n'atténue que légèrement l'enchevêtrement fonctionnel des compétences et la mise en péril de la stabilité du droit.

84. Force est de constater toutefois que, compte tenu du rôle crucial de la Cour en ce qui concerne l'application et l'interprétation du droit communautaire, l'argument très pertinent en droit national selon lequel l'ouverture de la voie de recours pour les demandes en réparation contre les décisions juridictionnelles erronées porterait atteinte à la stabilité du droit, est en revanche moins convaincant en ce qui concerne le droit communautaire. En effet, l'appréciation d'une interprétation et d'une application éventuellement erronées du droit communautaire par le juge national - ouvrant droit à réparation - incombe essentiellement à une instance centrale et supérieure à toutes les juridictions nationales s'agissant du droit communautaire, à savoir la Cour. Celle-ci devrait du reste intervenir quasiment dans chaque cas en application de l'article 234 CE et énoncer, lors de la procédure préjudicielle, les critères déterminants en matière de responsabilité dans le cas d'espèce. Cela permettrait d'éviter dans une large mesure des situations singulières comme celle de l'espèce où le juge civil est amené à examiner au fond la justesse d'un arrêt rendu par une juridiction suprême dans une affaire relevant du tribunal administratif.
85. Bien sûr on ne saurait les supprimer complètement car, s'agissant en particulier du caractère excusable d'une erreur, de nombreux facteurs propres au cas individuel doivent être pris en considération, et cet aspect ne pourrait être apprécié en fin de compte que par le juge national et non par la Cour.
86. Par ailleurs, on ne saurait réfuter totalement l'argument tiré par l'État autrichien d'un certain déséquilibre entre les juridictions suprêmes nationales, qui assument la responsabilité des jugements défectueux, et la Cour dont la responsabilité n'est pas engagée en la matière. Certes, on pourrait théoriquement envisager une responsabilité de la Communauté pour les arrêts erronés de la Cour en vertu de

l'article 288, paragraphe 2, CE. Cependant, une telle responsabilité ne serait jamais mise en œuvre dans la pratique, à supposer qu'elle existe dans la doctrine juridique, en raison du statut conféré à la Cour par l'article 220 du traité CE, ou ne serait-ce que du fait que la Cour devrait statuer *pro domo* sur sa jurisprudence.

87. Certes, on peut manifestement infirmer l'argument du gouvernement autrichien en invoquant l'article 50 de la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, qui énonce la responsabilité de l'État pour les décisions juridictionnelles incompatibles avec la convention. On peut toutefois se demander si le rôle de la Cour, eu égard à ses compétences plus étendues, est comparable à celui très spécifique de la Cour européenne des droits de l'homme.
88. Eu égard aux circonstances particulières du litige au principal, la Commission estime superflu de traiter davantage ces considérations d'ordre général et d'examiner finalement dans quelle mesure certaines limitations de la responsabilité de l'État pour les violations du droit communautaire par le juge national sont généralement nécessaires en vertu de ce droit, ou dans quelle mesure elles doivent être établies dans la jurisprudence de la Cour. Néanmoins, la jurisprudence de la Cour permet d'émettre des doutes sérieux quant à la compatibilité de clauses de non-responsabilité radicales telles que l'article 2 § 3 AHG en Autriche, ou l'article 839 § 2 BGB en Allemagne. La Commission estime en tout état de cause que la reconnaissance d'une violation manifeste du droit, en particulier lors de l'appréciation du caractère excusable de l'infraction au droit communautaire, ne devrait pas se fonder sur un critère trop souple, cela afin d'éviter le plus possible et dès le départ des problèmes ayant trait à la force de la chose jugée des décisions finales³². Cela devrait suffire à réfuter en l'espèce la responsabilité de l'État autrichien pour l'arrêt du Verwaltungsgerichtshof.

³² La Charte européenne sur le statut des juges, précitée, préconise une approche totalement différente de la jurisprudence de la Cour, en ce que, pour protéger l'indépendance des juges, elle exclut tout élément subjectif (caractère excusable) et prône une approche purement objective (la décision cause des dommages exceptionnels, spécifiques et graves). Des facteurs subjectifs peuvent jouer uniquement en cas de recours de l'État contre le juge (voir l'exposé des motifs concernant le point 5 «Responsabilité»). L'application de cette approche exigerait un remaniement fondamental de la jurisprudence de la Cour concernant ces aspects, bien qu'il soit explicitement indiqué dans cette jurisprudence que le caractère excusable doit être apprécié objectivement et non subjectivement (arrêt du 4.7.2000, C-424/97, *Haim*, Rec. 2000, p. I-5123, point 39).

89. Cette question doit, certes, être tranchée par le juge national compétent³³, comme indiqué précédemment, car on ne voit pas en quoi des règles spécifiques seraient nécessaires en cas de violation du droit communautaire par des juridictions nationales. Or, comme c'est le cas en l'espèce, la Cour dispose la plupart du temps de toutes les informations nécessaires à l'appréciation de la responsabilité dans chaque cas, de sorte qu'elle peut se faire un avis sur la question et le communiquer en répondant aux questions préjudicielles, notamment en l'espèce les première et cinquième questions.
90. À cet égard, la Commission précise qu'elle n'attache pas vraiment d'importance au fait que le Verwaltungsgerichtshof a modifié de façon surprenante l'interprétation du sens et de la finalité de l'article 50 a GehG. Il s'agit d'une interprétation du droit national qui incombe exclusivement au juge national et pour laquelle ce dernier doit pouvoir agir librement afin de satisfaire pleinement à ses obligations, même lorsque la procédure de l'espèce soulève des questions.
91. Enfin, la Commission tient à souligner qu'en cas de rejet – fort probable – du recours au principal, le demandeur ne se verrait pas lésé dans ses droits. En effet, si la Cour statue conformément à la réponse suggérée pour la troisième question préjudicielle, l'amendement de l'article 50 a GehG sera inéluctable. Ainsi, la décision du Verwaltungsgerichtshof, de par sa force de chose jugée, ne s'opposera plus aux droits du demandeur. Dans d'autres cas, un arrêt de la Cour qui constaterait une violation des obligations incombant à la juridiction suprême d'un État membre en vertu de l'article 234, paragraphe 3, CE, ainsi qu'une infraction au droit communautaire matériel, justifierait la révision de la procédure nationale³⁴.
92. La Commission suggère à la Cour de répondre comme suit aux première, deuxième et cinquième questions:

Sur la première question

³³ Voir arrêt du 9.7.2000, C-424/97, *Haim*, Rec. 2000, p. I-5123, point 44.

³⁴ S'agissant du cas d'espèce, voir l'article 69, paragraphe 1, point 3, de l'*Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz 1991* (loi autrichienne sur les procédures administratives générales), BGBl. 51/1991, modifiée en dernier lieu par BGBl. I 158/1998.

Les principes énoncés dans la jurisprudence de la Cour concernant la responsabilité de l'État membre en cas de violation du droit communautaire commise à l'encontre des particuliers et imputable à un de ses organes s'appliquent également à une violation de ce droit constituée par une décision d'une juridiction suprême. Cependant, il convient de prendre suffisamment en compte l'indépendance des décisions juridictionnelles et, en particulier, il est nécessaire, dans l'intérêt de la sécurité juridique et de la stabilité du droit, de reconnaître une violation suffisamment caractérisée du droit uniquement lorsque le juge national abuse manifestement de son pouvoir ou méconnaît visiblement le sens et la portée du droit communautaire. Une telle violation caractérisée est également reconnue en cas de méconnaissance des éléments de fait ou de droit du cas d'espèce seulement lorsque la situation juridique est évidente.

Sur la deuxième question

Il appartient à l'ordre juridique national de désigner les juridictions compétentes pour statuer sur les décisions juridictionnelles erronées. L'efficacité du droit communautaire exige de laisser ouverte la voie de recours à cet égard.

Sur la cinquième question

L'existence d'une violation suffisamment caractérisée du droit communautaire doit être appréciée dans chaque cas par la juridiction nationale compétente avec la participation de la Cour, conformément à l'article 234 CE.

IV. SYNTHÈSE DE LA PROPOSITION DE DÉCISION

93. Eu égard aux observations qui précèdent, la Commission suggère à la Cour de répondre aux questions préjudicielles comme suit:

1. L'article 39 CE et l'article 7 du règlement n° 1612/68 s'opposent à un système national de rémunération, tel l'article 50 § a GehG, indépendamment de sa qualification juridique, lorsque le traitement est également fonction, entre autres, de l'ancienneté et que seules sont prises en compte, à cet égard,

les périodes de service effectuées sur le territoire de l'État membre concerné, et non les activités équivalentes qui ont été exercées antérieurement dans un autre État membre.

2. L'article 39 CE et l'article 7 du règlement n° 1611/68 créent pour les particuliers des droits subjectifs que les autorités et les juridictions nationales ont l'obligation de préserver.

3. Les principes énoncés dans la jurisprudence de la Cour concernant la responsabilité de l'État membre en cas de violation du droit communautaire commise à l'encontre des particuliers et imputable à un de ses organes s'appliquent également à une violation de ce droit constituée par une décision d'une juridiction suprême. Cependant, il convient de prendre suffisamment en compte l'indépendance des décisions juridictionnelles et, en particulier, dans l'intérêt même de la sécurité juridique et de la stabilité du droit, de reconnaître une violation suffisamment caractérisée du droit uniquement lorsque le juge national abuse manifestement de son pouvoir ou méconnaît visiblement le sens et la portée du droit communautaire. Une telle violation caractérisée est également reconnue en cas de méconnaissance des éléments de fait ou de droit du cas d'espèce seulement lorsque la situation juridique est évidente.

4. Il appartient à l'ordre juridique national de désigner la juridiction compétente pour statuer sur les décisions juridictionnelles erronées. L'efficacité du droit communautaire exige de laisser ouverte la voie de recours à cet égard.

5. L'existence d'une violation suffisamment caractérisée du droit communautaire doit être appréciée dans chaque cas par la juridiction nationale compétente, avec la participation de la Cour, conformément à l'article 234 CE.

94. Compte tenu de l'importance fondamentale de l'affaire, une décision en séance plénière s'impose.

Jörn SACK

Horstpeter KREPPEL

Agents de la Commission